

University of Groningen

Nakoming in natura van de Duitse handelskoop in de negentiende eeuw

Oosterhuis, J.

Published in:
Groninger Opmerkingen en Mededelingen

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2006

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
Oosterhuis, J. (2006). Nakoming in natura van de Duitse handelskoop in de negentiende eeuw. *Groninger Opmerkingen en Mededelingen*, XXIII.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Nakoming *in natura* van de Duitse handelskoop in de negentiende eeuw

1 Inleiding

In 1830 bepaalde het *Stadtgericht* Frankfurt am Main, in een geval betreffende de vervreemding van staatsobligaties (*Staatspapiere*), dat in wederkerige overeenkomsten een partij in beginsel niet het recht heeft om de overeenkomst te ontbinden en schadevergoeding te vorderen, als zijn wederpartij weigert na te komen. Een partij moet in een dergelijk geval nakoming *in natura* vorderen.¹ In 1881 bepaalde het *Reichsgericht* te Berlijn daarentegen, dat een koper mag overgaan tot een dekkingskoop, zelfs al doet hij dat al binnen de extra termijn die hij de verkoper heeft gegeven om af te leveren. Het moment van verzuim van de verkoper is daarbij bepalend voor de berekening van de schadevergoeding en niet de afloop van de extra termijn.² Hoewel de gevallen niet helemaal vergelijkbaar zijn, valt het verschil in benadering op. In het eerste geval benadrukt het *Stadtgericht* het recht op nakoming *in natura*. Dit recht komt zelfs in de buurt van een plicht voor de schuldeiser om nakoming te vorderen. In het tweede geval heeft de schuldeiser kennelijk hoe dan ook het recht om over te gaan tot een dekkingskoop, als zijn verkoper in verzuim is, en bovendien heeft de rechter er alle begrip voor dat de koper in een vroeg stadium zijn belangen al veiligstelt. Waar komt dit verschil vandaan? Wat is er in de tussenliggende decennia gebeurd?

In dit artikel wil ik nader ingaan op het recht op nakoming *in natura* in het Duitse handelsrecht in de negentiende eeuw. Met name wil ik proberen de economische omstandigheden te traceren die op het beginsel dat de vordering tot nakoming *in natura* het primaire rechtsmiddel is, van invloed zijn geweest. Ik zal dat doen aan de hand van de handelskoop van soortzaken. Allereerst zal ik duidelijk maken dat aan het begin van de negentiende eeuw de vordering tot nakoming *in natura* het primaire rechtsmiddel was van de crediteur en zal ik de achtergrond van deze regel schetsen. Daarna wordt een aantal maatschappelijke en economische veranderingen die zich in de loop van de negentiende eeuw hebben voorgedaan, geschetst. Ten gevolge van deze veranderingen, in het bijzonder die van de industrialisatie, voldeed de vordering tot nakoming niet meer als primair rechtsmiddel. De mogelijkheid om uitzonderingen op de hoofdregel te maken, dat wil zeggen het contract te ontbinden en schadevergoeding te vorderen, werd als noodzakelijk gezien. Vervolgens komt de oplossing aan de orde die in (het latere) Duitsland werd gevonden: het min of meer handhaven van nakoming *in natura* als het leidende beginsel,

¹ Stadtgericht Frankfurt, 1830 (Getz/Bögner-Gretzinger), Souchay, *Anmerkungen zu der Reformation der freien Stadt Frankfurt*, Frankfurt 1848-1849, I, p. 199.

² RG (V. Zivilsenat), 19 November 1881 (W./J.P.) (Rep. V. 725/81), *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, Leipzig 1880-1945, 6, 14, pp. 58-60.

en het creëren en (wettelijk) vastleggen van een vordering tot ontbinding en schadevergoeding als concurrerende rechtsmiddelen naast de hoofdregel. Die oplossing volgt in twee delen: eerst voor de afzonderlijke gebieden, en vervolgens voor Duitsland als geheel.

2 De vordering tot nakoming *in natura* als primair rechtsmiddel

Aan het begin van de negentiende eeuw was de vordering tot nakoming *in natura* het primaire rechtsmiddel van de crediteur in geval van wanprestatie in het grootste deel van het latere Duitsland. In de gebieden waarin respectievelijk het *gemeine Recht*, het *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* en de *Code civil* golden, moest een crediteur, als de prestatie van zijn debiteur uitbleef, daadwerkelijke nakoming vorderen. Voor gebieden van het *gemeine Recht* kan worden verwezen naar het gezaghebbende commentaar van Glück op de Digesten. In § 316, *Von der Wirkung des Vertrags in Absicht auf die Leistung des versprochenen Objects*, zet Glück uiteen dat een debiteur op basis van het natuurrecht en het geldende (Romeinse) recht verplicht is *alle* verbintenissen nauwkeurig na te komen, inclusief verbintenissen om iets te doen.³ Hij concludeert:

“So gewiß es nun aber ist, daß der Promissor sowohl nach natürlichen als positiven Gesetzen verbunden ist, sein Versprechen genau zu erfüllen; so giebt es doch Fälle wo diese Verbindlichkeit wegfällt.”⁴

Als uitzonderingen op de regel noemt Glück onvoorziene omstandigheden, onmogelijkheid, gebrek aan belang en obstructie door de crediteur, maar niet verzuim.⁵ Overigens benadrukten schrijvers van de Historische School, zoals Moritz August von Bethmann-Hollweg (1795-1866) en Carl Friedrich Ferdinand Sintenis (1804-1868), in de eerste helft van de negentiende eeuw juist (opnieuw) het onderscheid tussen *obligationes dandi* en *obligationes faciendi* in het (klassieke) Romeinse recht. Zij meenden dat nakoming van de laatste categorie verbintenissen, welke ook die uit koop betroffen, niet *in*

³ Vanaf de Middeleeuwen (glossatoren, commentatoren) meende men dat deze verbintenissen zich oplossen in de verplichting om het belang te vergoeden, althans schadevergoeding te betalen, omdat men niet kan worden gedwongen tot een daadwerkelijk handelen, *nemo praecise cogi potest ad factum*. Antoine Favre (Faber) (1557-1624) zou als eerste het adagium in deze vorm hebben geformuleerd, J. Genicon, *De la règle : Nemo praecise potest cogi ad factum*, Bordeaux 1910, pp. 85-86.

⁴ Christian Friedrich Glück (1755-1831), *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld*, Erlangen 1797-1843, IV.2 (1797), §. 316, p. 308.

⁵ Andere auteurs met een vergelijkbare opvatting: Johann Nepomuk von Wening-Ingenheim (1790-1831), *Lehrbuch des gemeinen Civilrechtes, Nach Heise's Grundriß eines Systems des gemeinen Civil-Rechtes zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen*, München (vierde uitgave) 1831-1832, II, §. 254, pp. 172-173; Johann Heinrich Thöl (1807-1884), *Das Handelsrecht*, Göttingen 1841-1847, I, §. 87, pp. 276-277; Rudolph von Holzschuher (1777-1861), *Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechtes, ein Handbuch für Praktiker*, Leipzig (tweede uitgave) 1856-1858, III, p. 238; Friedrich Mommsen (1818-1892), *Beiträge zum Obligationenrecht*, III. Die Lehre von der Mora, nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa, Braunschweig 1853, §. 2, pp. 17-18.

natura kan worden afgedwongen, noch in het klassieke Romeinse recht, noch in het Justiniaanse recht, noch in het recht van hun dagen.⁶

Rechterlijke beslissingen in de gebieden van het *gemeine Recht* bevestigen de regel dat de vordering tot nakoming *in natura* het primaire rechtsmiddel was, ook voor een handelskoop. Dit blijkt, bijvoorbeeld, uit een uitspraak uit 1852 over de koop van rogge.⁷ De beheerder van een landgoed in Hessen weigerde de overeengekomen hoeveelheid rogge aan een handelaar te leveren, met als argument dat hij die rogge al had doorverkocht aan een andere partij. In een uitspraak van 20 februari 1852 bevestigde het *Oberappellationsgericht* Cassel de eis tot nakoming *in natura* als de eerst aangewezen rechtsvordering:

„Nach richtiger Auffassung der betreffenden römischen Gesetzstellen (D. 12.1.22⁸; D. 13.3.4⁹; D.

⁶ M.A.von Bethmann-Hollweg, *Handbuch des Civilprozesse, 1,1 Gerichtsverfassung und Prozeß des sinkenden römischen Reichs*, Bonn 1834, 1,1, p. 338; C.F.F. Sintenis, *Was ist Gegenstand der Klagen aus obligationibus ad faciendum überhaupt und der actio emti im Besonderen, d.i. worauf sind diese nach heutigen Rechte zu richten, wie ist die Verurtheilung zu fassen, und wie die Hülfe zu vollstrecken?*, *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess*, 11 (1838), pp. 74-75.

⁷ De rechtspraak in de Duitse gebieden aan het begin van de negentiende eeuw is notoir lastig te onderzoeken. Elke staat had zijn eigen hoogste gerechtshof. Of de beslissingen van deze hoven en de lagere rechtscolleges in een bepaalde staat werden gepubliceerd, hing vaak af van particuliere initiatieven. Deze (particuliere) jurisprudentieuitgaven zijn vaak niet bijzonder systematisch of volledig en werden meestal na een paar jaar weer beëindigd. Grote uitzondering is *Seuffert's Archiv* (J.A. Seuffert, *Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten*, later: *J.A. Seuffert's Archiv für den Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten*, München 1847-1944 (Seuffert, *Archiv*)), dat uitspraken bevat van het hele gebied waarin het *gemeine Recht* gold. De uitgave van *Seuffert's Archiv* is echter pas in 1847 begonnen.

⁸ D. 12.1.22 Iulianus 4 ex minic. Vinum, quod mutuum datum erat, per iudicem petitum est: quaesitum est, cuius temporis aestimatio fieret, utrum cum datum esset an cum litem contestatus fuisset an cum res iudicaretur. sabinus respondit, si dictum esset quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset, si dictum non esset, quanti tunc fuisset, cum petitum esset. interrogavi, cuius loci pretium sequi oporteat. respondit, si convenisset, ut certo loco redderetur, quanti eo loco esset, si dictum non esset, quanti ubi esset petitum. (D. 12.1.22 Iulianus, *Uit Minicius* IV. In verbruikleen gegeven wijn werd langs rechterlijke weg opgeëist. De vraag is opgeworpen naar welk tijdstip de taxatie moest geschieden: naar het tijdstip waarop de wijn gegeven was, naar dat waarop de procesovereenkomst gesloten was, of naar dat waarop in de zaak vonnis gewezen werd. Sabinus heeft geantwoord: als afgesproken was op welk tijdstip de wijn teruggegeven moest worden, de waarde van de wijn op dat tijdstip: als dit niet afgesproken was, de waarde op het moment dat hij opgeëist werd. Naar welke plaats dient men zich wat de prijs betreft te richten, vroeg ik. Hij heeft geantwoord: als er overeengekomen was dat de wijn op een bepaalde plaats moest worden teruggegeven, naar de waarde van de wijn aldaar; als dit niet afgesproken was, naar de prijs van de plaats waar hij opgeëist werd. vertaling J.E. Spruit e.a., *Corpus juris civilis: tekst en vertaling*, Zutphen/s-Gravenhage 1993-2005)

⁹ D. 13.3.4 Gaius 9 ad ed. provinc. Si merx aliqua, quae certo die dari debebat, petita sit, veluti vinum oleum frumentum, tanti litem aestimandam cassius ait, quanti fuisset eo die, quo dari debuit: si de nihil convenit, quanti tunc, cum iudicium acciperetur. idemque iuris in loco esse, ut primum aestimatio sumatur eius loci, quo dari debuit, si de loco nihil convenit, is locus spectetur, quo peteretur. quod et de ceteris rebus iuris est. (D. 13.3.4 Gaius. *Het Provincie-edict* IX. Indien handelswaar van enigerlei soort, die op een bepaalde dag moest worden gegeven, is opgevorderd, bijv. wijn, olie of graan, dan dient

OOSTERHUIS

45.1.59¹⁰ und 60¹¹), womit auch der Gerichtsgebrauch übereinstimmt, kann regelmäßig die *condemnatio* auf die *Naturalleistung*, insbesondere auch bei Verträgen über fungible Sachen begehrt werden. (...) Der Umstand, dass der Verpflichtete den Gegenstand des Vertrags nicht leisten kann, oder, der angewendeten Zwangsmittel ungeachtet, nicht leisten will, begründet nur für den Forderungsberechtigten die Befugnis, nunmehr seinen Anspruch auf die *litis aestimatio*, das Interesse, zu richten.“¹²

Volgens het hof in Cassel moet een schuldeiser dus in eerste instantie nakoming *in natura* vorderen. Pas als de schuldenaar zijn verbintenis niet kan nakomen (de prestatie was onmogelijk geworden), of niet wil nakomen (maar dat geval speelde pas als de executie vruchteloos was gebleken), dan heeft een schuldeiser het recht om zijn belang (geleden verlies en gederfde winst) te vorderen.¹³ De Digestenteksten waar het hof naar verwijst, gaan overigens over verbruikleen en stipulatie. Uit die overeenkomsten vloeien verbintenissen om iets te geven (eigendom over te dragen, een *dare*) voort. De eerdergenoemde representanten van de Historische School meenden dat bij verbintenissen tot een *dare* of *restituere* het hoe dan ook mogelijk is om nakoming *in natura* zowel te vorderen als af te dwingen, en dat zowel naar Justiniaans recht als naar het *gemeine Recht* van hun eigen tijd.¹⁴

volgens Cassius het procesobject te worden getaxeerd op de waarde die het had op de dag waarop het had moeten worden gegeven; als men niets over de vervaldag heeft afgesproken, dan op de waarde die het had op het moment dat het proces aanvaard werd. Rechtens geldt hetzelfde met betrekking tot de plaats, in die zin dat eerst de waarde moet worden genomen van die plaats waar het procesobject diende te worden gegeven; als men niets over de plaats heeft afgesproken, dan moet naar die plaats worden gekeken waar het werd opgevorderd. Dit geldt rechtens ook met betrekking tot alle andere zaken. vertaling Spruit)

¹⁰ D. 45.1.59 Iulianus 88 Dig. Quotiens in diem vel sub condicione oleum quis stipulatur, eius aestimationem eo tempore spectari oportet, quo dies obligationis venit: tunc enim ab eo peti potest: alioquin alias rei captio erit. (D. 45.1.59 Iulianus *Digesten* LXXXVIII. Telkens wanneer iemand onder termijn of voorwaarde olijfolie stipuleert, behoort gekeken te worden naar de waarde daarvan op het tijdstip waarop de vervaldag verschijnt, want pas dan kan van de schuldenaar geëist worden; anders zal er van benadeling van de wederpartij sprake zijn. vertaling Spruit)

¹¹ D. 45.1.60 Ulpianus 20 ad ed. Idem erit et si capuae certum olei pondo dari quis stipulatus sit: nam eius temporis fit aestimatio, cum peti potest: peti autem potest, quo primum in locum perveniri potuit. (D. 45.1.60 Ulpianus *Het Edict* XX. Hetzelfde geldt ook als iemand gestipuleerd heeft dat in Capua 100 pond olijfolie geleverd zal worden, want ook dan vindt taxatie plaats naar het tijdstip waarop geëist kan worden. Welnu, er kan geëist worden zodra men op die plaats heeft kunnen aankomen. vertaling Spruit)

¹² OAG Cassel, 20 Februar 1852 (Fisc. Proc./Dannenberg) nr. 2634, F.G.L. Strippelmann, *Neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des Ober-Appellations-Gerichtes zu Cassel*, Cassel 1842-1854, VII, pp. 527-530, Seuffert, *Archiv*, 5, 263, p. 344-345.

¹³ Andere gerechtshoven hanteerden dezelfde regel, bijvoorbeeld: OAG Kiel, 31 December 1843, Seuffert, *Archiv*, 6, 209, pp. 281-282 (verloving); OAG Lübeck, 13 February 1845, Seuffert, *Archiv*, 9, 37, pp. 50-51 (verloving); OAG Lübeck, 18 juni 1840 (Bremen: Hauschild/Zeidler), Seuffert, *Archiv*, 9, 216, pp. 289-291 (bouw van een huis); Stadtgericht Frankfurt, 1830 (Getz/Bögner-Gretzinger), Souchay, *Anmerkungen*, I, p. 199 (staatsobligaties); Kreisgerichtshof (in Württemberg), 11 May 1858, C.F.A. Tafel, *Auserlesene Civil-Rechtssprüche der höheren Gerichtsstellen in Württemberg*, Heilbronn/Stuttgart 1846-1866, III, 66, pp. 355-359 (lading pruimen).

¹⁴ Bethmann-Hollweg, *Handbuch*, 1,1, p. 337; Sintenis, *ZCP* 11 (1838), pp. 74-75 (alleen een *restituere*).

NAKOMING IN NATURA

Voor het grootste deel van Pruisen gold sinds 1794 het *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* (ALR) In I.5.§.270 ALR is vastgelegd dat de vordering tot daadwerkelijke nakoming het primaire rechtsmiddel van de crediteur is:

I.5.§.270 ALR *In der Regel müssen die Verträge nach ihrem ganzen Inhalte erfüllt werden.*

Ook de Pruisische auteurs namen afstand van de opvatting in de *usus modernus* dat verbintenissen (om iets te doen) in geval van niet-nakoming niet kunnen worden afgedwongen, maar zich oplossen in schadevergoeding.¹⁵

In de Duitse gebieden waar de *Code civil* gelding had, zoals in de latere *Rheinprovinz* (sinds 1804), of een aangepaste versie van de *Code civil*, zoals in Baden (1811), beschouwden de meeste rechtsgeleerden de vordering tot nakoming *in natura* ook als het primaire rechtsmiddel,¹⁶ dit ondanks artikel 1142 *Code civil*, dat bepaalt dat alle verbintenissen om iets te doen of na te laten zich oplossen in schadevergoeding bij niet-nakoming. Deze bepaling werd gezien als de uiteindelijke oplossing als executie van een vonnis tot nakoming niet zou kunnen worden gerealiseerd, maar in eerste instantie kan de crediteur nakoming vorderen. Ernst Peter Johannes Spangenberg (1784-1833), bijvoorbeeld, zegt over artikel 1142 *Code civil*:

*Jede Verbindlichkeit, etwas zu thun, oder nicht zu thun, berechtigt den Gläubiger, die Erfüllung, und in so fern sie nicht geleistet wird, von dem Schuldner eine vollständige Schadloshaltung zu verlangen.*¹⁷

De schuldeiser heeft dus in de eerste plaats recht op de prestatie zelf. Pas als de schuldenaar niet nakomt (en dat wordt vastgesteld tijdens of na de executie van een vonnis dat tot nakoming veroordeelt), heeft de schuldeiser het recht om een volledige schadevergoeding te vorderen.

¹⁵ Ludwig von Rönne, in: Ernst Ferdinand Klein, *System des preussischen Civilrechts*, Halle (tweede, vermeerderde uitgave) 1835-1836, I, §. 108, noot 1, p. 140; Friedrich Wilhelm Ludwig Bornemann (1798-1864), *Systematische Darstellung des preussischen Civilrechts, mit Benutzung der Materialien des allgemeinen Landrechts*, Berlin (2nd ed.) 1842-1845, II, §. 151, p. 303; Christian Friedrich Koch (1798-1872), *Das Recht der Forderungen nach gemeinem und nach preussischem Rechte, mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen historisch-dogmatisch dargestellt*, Breslau 1836-1843, I, pp. 376-377.

¹⁶ Zie bijvoorbeeld Johann Nikolaus Freidrich Brauer (1754-1813), *Erläuterungen über den Code Napoleon und die Großherzogliche Badische bürgerliche Gesezgebung*, Karlsruhe 1809-1812, III, p. 76. Een uitzondering vormt Carl Salomo Zachariae von Lingenthal (1769-1843). Hij volgde een meer letterlijke interpretatie van artikel 1142 *Code civil* en meende dat verbintenissen om iets te doen of na te laten zich bij niet-nakoming onmiddellijk oplossen in schadevergoeding, en niet pas na vergeefse executie. Zachariae, *Handbuch des französischen Civilrechts*, Heidelberg 1808, I, §. 144, p. 224, noot 3: “*Es wird also in diesem Falle (wanneer de verbintenis niet (behoorlijk) was nagekomen) die Klage sofort auf Schadensersatz, und nicht auf die Leistung der Handlung zu richten seyn.*” Zijn uitleg vond weerklink in de Franse doctrine, bijvoorbeeld bij Charles Demolombe (1804-1888), *Cours de Code Napoléon*, Paris 1878-1887, XXIV, n. 491.

¹⁷ E.P.J. Spangenberg, *Commentar über den Code Napoleon*, Göttingen 1810-1811, III, §. 707, p. 16.

De (dogmatische) oorsprong van de vordering tot nakoming *in natura* als primair rechtsmiddel is gelegen in de grote nadruk die al sinds de Middeleeuwen in het inheemse en het canonieke recht werd gelegd op de verbindendheid van afspraken, zoals tot uitdrukking gebracht in het adagium *pacta sunt servanda*. In de zeventiende en achttiende eeuw hebben de natuurrechtsgeleerden vervolgens de vordering tot nakoming *in natura* als primair rechtsmiddel voor alle verbintenissen verder onderbouwd en gesanctioneerd. Christian Thomasius (1655-1728) betoogde bijvoorbeeld in 1721 dat nakoming *in natura*, inclusief de mogelijke executie van de nakoming, ook voor verbintenissen om iets te doen zou moeten gelden.¹⁸ Niet alleen het Middeleeuwse canonieke recht had de nakoming van alle verbintenissen bevorderd, ook het protestantse kerkrecht in de zeventiende en achttiende eeuw deed dat. In 1723 beschouwde Justus Henning Boehmer (1674-1749) de verloving als een verbintenis die *in natura* moet worden nagekomen en waar de crediteur dus in eerste instantie nakoming *moet* vorderen.¹⁹ De executie van verplichtingen tot nakoming, inclusief verbintenissen tot het verrichten of nalaten van een handeling, waren in de Duitse gebieden geregeld in procesrechtelijke verordeningen.²⁰ De executie van een nalaten kende men in elk geval al anderhalve eeuw, namelijk in §162 van het *Jüngste Reichsabschied* van 1654.²¹

De voorrang die werd toegekend aan de vordering tot nakoming *in natura* past ook in de samenleving en economie van het begin van de negentiende eeuw. Die samenleving was nog vrijwel volledig agrarisch, met alleen kleinschalige handel en nijverheid. De voornaamste transacties zullen grond, huizen en andere specieszaken hebben betroffen, en niet de handel in genuszaken. In een dergelijke economie was belangrijk dat de zaken werden geleverd waarop de crediteur recht had. De vraag wanneer deze dan precies werden geleverd, was van secundair belang.

¹⁸ Chr. Thomasius, *An promissor facti liberetur praestando id, quod interest?* Halle 1721

¹⁹ J.H. Boehmer, *Ius Ecclesiasticum Protestantium*, Halle 1747, III, §. 48, p. 1112: “*Qui promittit factum, se ad faciendum obligat, non interesse promittit; aliud autem pro alio invito debitori obtrudi nequit.*” (Wie een handeling belooft, verplicht zich tot een *doen*; hij belooft niet het *belang*; verder kan tegen de wil van de debiteur niet de ene zaak worden opgedrongen in plaats van de andere)

²⁰ Zie daarover bijvoorbeeld Justus Claproth (1728-1805), *Einleitung*, II, §. 424, pp. 793-794; Christoph Reinhard Dietrich Martin (1772-1857), *Lehrbuch*, §. 262, p. 362; Justin Timotheus Balthasar von Linde (1797-1870), *Lehrbuch*, §. 375, pp. 551-552.

²¹ Jüngste Reichsabschied 1654 §. 162: *In Fällen und Sachen aber, welche, weilen die Urteil allein ad omittendum vel non faciendum gerichtet, keiner andern Exekution unterworfen, als daß der verlustigte Teil a certo facto abstinire, soll demselben auf den Fall einiger Kontravention ebenmäßig eine gewisse Pön bestimmt und, da er der ergangenen Urteil zuwiderhandelte, nicht allein mit der Deklaration poenae gegen ihm verfahren, sondern auch ein kurzer Termin ad praestandum cautionem de non amplius turbando, impediendo, excendendo, attentando, offendendo angesetzt, zugleich auch die Exekution wegen des verwürkten Pönfalls auf obbeschriebene Weise vermittels der mandatorium executorialium an seine Obrigkeit oder die Ausschreibende Fürsten wirklich verfügt und, im Fall er sich derselben widersetzen oder auch die ihme solchergestalt auferlegte Kauton in angesetztem Termin nicht leisten und also in poenam banni fallen würde, ferner wie sich vermög der Reichssatzung, Kammergerichts- und Exekutions-, auch dieser Unserer Ordnung gebührt, gegen ihm prozediert werden. (...).*

3 Veranderende economische omstandigheden: de industrialisatie

Samenleving en economie veranderden in de Duitse gebieden ingrijpend vanaf de jaren dertig van de negentiende eeuw. Allereerst nam de bevolking enorm toe. Berlijn had in 1800 ruim 170.000 inwoners en in 1900 bijna 1,9 miljoen, meer dan een vertienvoudiging. Samenleving en economie industrialiseerden. In 1831 werd een eerste (industriële) spoorlijn aangelegd, vlakbij Essen, van iets meer dan zeven kilometer. In 1900 lag er in de gezamenlijke Duitse gebieden 51.000 kilometer spoorlijn. Industriële productieprocessen begonnen een steeds belangrijker rol te spelen. Industriële processen zijn complex en kunnen vaak niet zonder grote schade worden onderbroken. Als bijvoorbeeld een hoogoven komt stil te liggen, kan hij worden afgebroken. In deze omstandigheden werd het tijdig afleveren van de toegezegde prestatie steeds belangrijker. Door stoomschepen en spoorwegen werd vervoer betrouwbaarder en sneller en konden ook scherpere afspraken worden gemaakt. Deze maatschappelijke en economische veranderingen zorgden ervoor dat het niet alleen belangrijk was dat er werd geleverd, maar ook wanneer er werd geleverd. In de negentiende eeuw begon de factor 'tijd' in handel en industrie dus een steeds grotere rol te spelen. Voor een koper die de koopwaar op tijd moest hebben, hetzij om deze te kunnen doorleveren, hetzij te gebruiken in een industrieel productieproces, was het rechtsmiddel van nakoming *in natura* niet langer toereikend. Een dergelijke koper wilde de koop kunnen ontbinden en onmiddellijk een nieuw koopcontract kunnen aangaan. Of hij wilde overgaan tot een dekkingskoop en, indien mogelijk, zijn schade later op de verkoper verhalen. Maar hij had geen behoefte aan een langdurige procedure om daadwerkelijke nakoming van zijn onbereidwillige verkoper af te dwingen, waarvan de uitkomst onzeker was. De vordering tot nakoming *in natura* als primair rechtsmiddel bood derhalve geen uitkomst in dergelijke situaties. Daarom zag men voor de handelskoop om naar andere rechtsmiddelen zoals het vorderen van schadevergoeding en ontbinding van de overeenkomst.

4 Uitzonderingen op de regel

Het betalen van schadevergoeding en het ontbinden van de overeenkomst werden in de loop van de negentiende eeuw steeds meer aanvaard als uitzonderingen op de hoofdregel dat alle verbintenissen *in natura* moeten worden nagekomen. Deze omslag vond in de eerste helft van de negentiende eeuw plaats in de verschillende Duitse gebieden afzonderlijk, en in de tweede helft van de negentiende eeuw in de Duitse gebieden als geheel, vooral door de codificatie van het handelsrecht. Eerst komen de afzonderlijke gebieden aan de orde, daarna Duitsland als geheel.

a *Gemeine Recht, Allgemeines Landrecht en Code civil*

Vorderingen tot schadevergoeding en ontbinding in geval van wanprestatie bestonden reeds als rechtsmiddelen in het *gemeine Recht*, maar hun toepasselijkheid bij niet (tijdige) nakoming diende uitdrukkelijk te worden overeengekomen. Als een verkoper dan niet

tijdig nakwam, met andere woorden als hij in verzuim (*Verzug*) was, kon de koper de overeenkomst ontbinden en/of (eventueel) vervangende schadevergoeding vragen. De gewoonte om een fatale termijn op te nemen werd algemeen gangbaar in de Duitse handelspraktijk, zoals blijkt uit een rechterlijke beslissing uit 1854 uit Beieren. Het geschil betrof de levering van 800 ton ijzererts (*Grobeisen*) aan de *Metallurgische Gesellschaft Michelstadt*, te verrichten door een handelaar, een zekere Mösslinger. Toen bijna 600 ton niet op tijd werd geleverd, ging de hoogoven over tot een dekkingskoop en vorderde vervolgens het prijsverschil van de handelaar. Deze verweerde zich met de stelling dat de hoogoven nakoming *in natura* had moeten vorderen. Het *Appellationsgericht Schwaben und Neuburg* vroeg zich af:

„ob, wenn in einem Kaufvertrage eine bestimmte Lieferungszeit verabredet, aber von dem Verkäufer nicht eingehalten worden ist, der Käufer berechtigt sei, ohne Weiteres von dem Kaufe zurückzutreten und Schadensersatz beziehungsweise die Differenz zu fordern und diese Frage darf nach der neuern Praxis, soferne anders das Kaufsobjekt als eine dem Wechsel des Preises ausgesetzte Handelswaare zu betrachten und der Käufer ein Handelsmann ist, unbedenklich bejaht werden.“²²

Maar stel dat in het contract geen fatale termijn was opgenomen wat dan? Ook dan konden deze handelaren in verzuim raken, waarna de koper ontbinding en/of vervangende schadevergoeding kon vorderen. Bij een dergelijk verzuim speelden twee vragen. Ten eerste, wanneer vond dat verzuim (en die ontbinding) precies plaats? Buiten rechte, door een ingebrekestelling?²³ Of tijdens de procedure, voor de rechter?²⁴ Of kon de ontbinding zelfs pas worden gevorderd in de executoriale fase, als de aanwending van executiemiddelen tevergeefs was geweest?²⁵ Daarnaast speelde een tweede vraag, namelijk of de crediteur de overeenkomst pas mocht ontbinden als de (verlate) prestatie nutteloos voor hem was geworden.²⁶ Over het antwoord op deze vragen bestond geen consensus in

²² AG Swaben and Neuburg, 28 September 1854 (Metallurgische Gesellschaft Michelstadt/Mösslinger), C. Arends, *Sammlung interessanter Erkenntnisse aus dem gemeinen und bayer'schen Civil-Rechte und Prozesse*, 1,1-5,3, Beck 1845-1859, 5.1, p. 115.

²³ Thöl, *Handelsrecht*, I, §. 87, pp. 277-278; Obertribunal Stuttgart, 2 November 1861 (L./Maschinenfabrik Obertürkheim), *Tafel, Civil-Rechtssprüche*, V, 43, pp. 289-302.

²⁴ Carl Otto von Madai (1809-1850), *Die Lehre von der Mora*, Halle 1837, pp. 391-396.

²⁵ Wening-Ingenheim, *Lehrbuch*, II, §. 254, 4th ed., pp. 172-173 (§. 129) Hartitzsch, *Entscheidungen*, n. 446, pp. 450-451.

²⁶ Zie over de aanvullende eis van het wegvallen van het nut voor de crediteur: Wening-Ingenheim, *Lehrbuch*, II, §. 254, pp. 172-173 (§. 129); Madai, *Mora*, pp. 391-396; Thöl, *Handelsrecht*, I, §. 87, pp. 277-278; OAG München, 21 July 1856 (nr. 787 55/56), *Blätter für Rechtsanwendung*, Erlangen 1836, 21, p. 397; Seuffert, *Archiv*, 11, 141, pp. 211-214; OAG Wiesbaden, 19 December 1856 (Rothschild/Henrich), Seuffert, *Archiv*, 11, 232, p. 357; Obertribunal Stuttgart, 2 November 1861 (L./Maschinenfabrik Obertürkheim), *Tafel, Civil-Rechtssprüche*, V, 43, p. 298: *Weiter aber führt selbst im Fall eines Verzugs des Verkäufers das für den Käufer hieraus entstandene Entschädigungsrecht nur alsdann zu einem Rechte des Rücktritts vom Vertrage, wenn dieser darzuthun vermag, daß er anders als durch Aufhebung des Kaufs nicht schadlos, das Geschäft für ihn in Folge des Verzugs nutzlos geworden*

het *gemeine Recht*, noch in de literatuur noch in de rechtspraak, en dat versterkte de noodzaak om tot een uniforme regeling te komen.

Overigens waren er ook gebieden waarvoor het bovenstaande allemaal niet gold. De economie ging daar niet veel sneller ging dan in de zeventiende en de achttiende eeuw. In die (vooral kleinere) staten, met name in het midden van het latere Duitsland, gold voornamelijk het *gemeine Recht*, en in die staten voldeed de hoofdregel van het *gemeine Recht*: de vordering tot nakoming *in natura* als primair en dus vaak enig rechtsmiddel.

Het *Allgemeines Landrecht* voorzag in beginsel niet in ontbinding. Sterker nog, een schuldeiser moest nakoming *in natura* vorderen:

I.5.§.393 ALR *Die von der einen Seite geweigerte Erfüllung des Vertrages, berechtigt den Anderen in der Regel noch nicht, von dem Vertrage selbst wieder abzugehen.*

I.5.§.394 ALR *Vielmehr steht ihm nur frei, den Gegentheile zu der versprochenen Erfüllung und zu der nach den Gesetzen ihm zukommenden Entschädigung durch den Richter anzuhalten.*

Weliswaar voorzag I.5.§408 ALR²⁷ in de ontbinding van overeenkomsten bij niet-nakoming, maar die regeling gold alleen voor de verbintenis tot het verrichten van handelingen, en daar viel de handelskoop niet onder. De veranderende (economische) omstandigheden noopten het *Obertribunal* in Berlijn echter om eind jaren vijftig van de negentiende eeuw toch een aantal uitzonderingen op de strikte regeling van I.5.§§.393 en 394 ALR te aanvaarden. Als overeenkomsten waren voorzien van een fatale termijn of als op een andere manier tijdige aflevering een essentieel onderdeel van de overeenkomst vormde en de schuldenaar was in verzuim geraakt, dan stond het *Obertribunal* ontbinding toe.²⁸

In de *Rheinprovinz* en Baden kon men de kloof tussen de wetstekst en de veranderende praktijk eenvoudiger overbruggen. De rechtsgeleerde auteurs uit deze gebieden stemden dan wel in met de hoofdregel dat de vordering tot nakoming *in natura* op de eerste plaats dient te komen, maar de tekst van de *Code civil* zelf was minder eenduidig over het primaat van dit rechtsmiddel. Sterker nog, een aantal artikelen uit de *Code civil* bood een schuldeiser uitdrukkelijk de mogelijkheid om andere rechtsmiddelen in te zetten tegen zijn nalatige schuldenaar. In de eerste plaats gaf de *Code civil* in artikel 1146²⁹ de schuldeiser het recht om schadevergoeding te vragen als zijn schuldenaar in

sei."

²⁷ I.5.§.408 ALR *Bey Verträgen, deren Hauptgegenstand Handlungen sind, kann derjenige, welcher behauptet, daß der Andre die Erfüllung bisher nicht kontraktmäßig geleistet habe, oder solchergestalt nicht leisten könne, zwar sofort, auf seine Gefahr, von dem Vertrage wider abgehen.*

²⁸ *Obertribunal* Berlin, 14 April 1859, Th. Striethorst, *Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis der Rechtsanwälte des Königlichen Ober-Tribunals*, later: *Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Königlichen Ober-Tribunals gelangt sind*, 1-100, Berlin 1851-1880, 33, p. 134 (handelskoop/*Zeitgeschäft*); *Obertribunal* Berlin, 27 May 1859, Striethorst, *Archiv*, 34, 12, pp. 57-60, Seuffert, *Archiv*, 14, 123, pp. 193-194 (land).

²⁹ Artikel 1146 *Landrecht* *Entschädigung ist ein Schuldner nur dann schuldig, wenn er wegen Erfüllung*

verzuim was. Daarnaast was in artikel 1184³⁰ *Code civil* de mogelijkheid geschapen om wederkerige overeenkomsten te ontbinden bij niet-nakoming. Die ontbinding kon volgens de meeste auteurs overigens pas plaats vinden voor de rechter.³¹

Behalve het feit dat een aantal wettelijke regelingen gezien de veranderde omstandigheden niet meer voldeed, werkte met name de veelheid aan regelingen remmend op de handel tussen verschillende Duitse staten. Door toenemende economische eenheid tussen de verschillende Duitse gebieden werd een uniforme regeling wenselijk en noodzakelijk.

b *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch*

In 1856 benoemde de Duitse Bond een commissie die een algemeen Duits wetboek van koophandel moest ontwerpen: het *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch*. Uit de discussie tussen de verschillende afgevaardigden blijkt hoe ver de Duitse staten in economisch opzicht van elkaar afstonden. De Protocollen³² laten twee stromingen zien. Een stroming die alles bij het oude wil laten en in geen geval een recht van ontbinding wil vastleggen, en een stroming die, in navolging van artikel 1184 *Code civil*, wel een recht op ontbinding en eventuele schadevergoeding wil vastleggen, naast het recht op nakoming *in natura*. De argumenten van de eerste, behoudende, stroming passen typisch bij die gebieden waar de industrialisatie aan voorbij was gegaan, met een tragere economie, waarin handel en industrie (nog) geen heel grote rol speelden. In die omstandigheden konden geschillen nog steeds worden beslecht op basis van het Romeinse recht en de daaruit ontwikkelde casuïstiek. Een van de afgevaardigden verklaart tijdens de zitting van 14 mei 1857 over een algemeen ontbindingsrecht het volgende:

„Wäre hier wirklich ein kurzes und allgültiges Prinzip so leicht zu finden, so würden wohl die klassischen römischen Juristen uns ein solches und nicht bloße Beispiele gegeben haben; aber die Beispiele seien völlig genügend, - wie dem Redner wenigstens die Erfahrung seiner Heimath beweise, um dem Richter den Weg zu zeigen zur wahren Befriedigung von Recht und Gerechtigkeit nach

seiner Verbindlichkeit in Verzug gesetzt ist, den Fall ausgenommen, wo das, was der Schuldner zugesagt hat, nur in einer gewissen Zeit, die er verstreichen ließ, gegeben oder gethan werden konnte (vertaling Lassaulx).

³⁰ Artikel 1184 Landrecht *Bei Synallagmatischen Kontrakten wird die resolutorische Bedingung für denn Fall, wo einer der beiden Theile seine Verpflichtung nicht erfüllen würde, immer unterm verstanden. In diesem Fall ist der Kontrakt nicht von Rechtswegen aufgelöst; der Theil, gegen welchen die Verpflichtung nicht vollzogen worden ist, hat die Wahl, den andern entweder zum Vollzug der Uebereinkunft, wenn er möglich ist, zu zwingen, oder deren Aufhebung, nebst Schadloshaltung, anzuverlangen. Die Aufhebung muß gerichtlich anverlangt werden, und nach den Umständen kann dem Beklagten ein Ausstand bewilligt werden* (vertaling Lassaulx).

³¹ Franz Georg Joseph von Lassaulx (1781-1818), *Codex Napoleon*, Koblenz 1809, IV, p. 54, Anmerkungen zum Art. 1184; Spangenberg, *Commentar*, III, §. 723, p. 30; Brauer, *Erläuterungen*, III, p. 76, Article 1146 LR.

³² Protokolle der Kommission zur Berathung eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches, J. Lutz (ed.), Würzburg 1858-1866 (ADHGBP)

beiden Seiten.“³³

Andere afgevaardigden wezen in een zitting begin 1858 er nog eens op, dat een dergelijk recht op ontbinding afbreuk doet aan de uniformiteit van het verbintenissenrecht:

*“Diese einzelnen Sätze (over een afzonderlijk recht op ontbinding bij de handelskoop, inclusief die met een vaste leveringstermijn) würden nun, wenn die Art. 298-301 genehmigt werden sollten, mitten in ein ganz anderes Rechtssystem, in ein Rechtsganzes hineingetragen, welchem im Wesentlichen ein solches Rücktrittsrecht fremd sei und in welchem die Klage auf Erfüllung des Vertrages sowie auf Schadensersatz wegen deren Verzögerung fast das ausschließliche Rechtsmittel des Kontrahenten bilde.”*³⁴

Uiteindelijk nam de commissie tijdens deze zitting, hoewel met een krappe meerderheid, het recht op ontbinding aan.³⁵ De positieve ervaringen met de *Code civil* in de Pruisische Rheinprovinz gaven daarbij de doorslag.³⁶ In 1861 werden de verschillende rechtsmiddelen, alsmede hun rangorde opgenomen in de artikelen 355 tot en met 357 van het *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* (ADHGB). Artikel 355 ADHGB³⁷ geeft de koper de keuze uit drie verschillende rechtsmiddelen als zijn verkoper in verzuim is. Hij kan nakoming (*in natura*) vorderen, schadevergoeding en ontbinding. Wil een koper schadevergoeding of ontbinding in plaats van nakoming, dan moet hij volgens artikel 356 ADHGB zijn debiteur wel een termijn geven om alsnog na te komen.³⁸ Volgens artikel 357 ADHGB hoeft die extra termijn niet te worden gegeven als het contract voorziet in een fatale termijn.³⁹ Voor transacties met een fatale termijn, werden ontbinding en schadevergoeding dus de eerst aangewezen rechtsmiddelen. Als een koper alsnog

³³ ADHGBP, p. 594.

³⁴ ADHGBP, p. 1401.

³⁵ ADHGBP, p. 1402.

³⁶ ADHGBP, pp. 594-595.

³⁷ Artikel 355 ADHGB Wenn der Verkäufer mit der Uebergabe der Waare im Verzuge ist, so hat der Käufer die Wahl, ob er die Erfüllung nebst Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen, oder ob er statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder von dem Vertrage abgehen will, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre.

³⁸ Artikel 356 ADHGB Will ein Kontrahent auf Grund der Bestimmungen der vorigen Artikel statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder von dem Vertrage abgehen, so muss er dies dem anderen Kontrahenten anzeigen und ihm dabei, wenn die Natur des Geschäfts die zulässt, noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten gewähren.

³⁹ Artikel 357 ADHGB Ist bedungen, dass die Waare genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist geliefert werden soll, so kommt der Art. 356. nicht zur Anwendung. Der Käufer sowie der Verkäufer kann die Rechte, welche ihm gemäss Art. 354. oder 355. zustehen, nach seiner Wahl ausüben. Es muss jedoch derjenige, welcher auf der Erfüllung bestehen will, dies unverzüglich nach Ablauf der Zeit oder Frist dem anderen Kontrahenten anzeigen; unterlässt er dies, so kann er später nicht auf der Erfüllung bestehen. (...) Wenn der Käufer statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, so besteht, im Falle die Waare einen Markt- oder Börsenpreis hat, der Betrag des von dem Verkäufer zu leistenden Schadensersatzes in der Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem Markt- und Börsenpreise zur Zeit und am Orte der geschuldeten Lieferung, unbeschadet des Rechts des Käufers, einen erweislich höheren Schaden geltend zu machen.

nakoming *in natura* wilde van een handelskoop met een fatale termijn, dan moest hij dat zo snel mogelijk melden aan zijn verkoper. Tussen 1861 en 1866 werd het *Allgemeines Deutschen Handelsgesetzbuch* in de meeste Duitse staten als wet afgekondigd.

Voor transacties zonder fatale leveringstermijn werd de vordering tot nakoming *in natura* niettemin nog steeds als het voornaamste rechtsmiddel beschouwd. Voordat een schuldeiser schadevergoeding en/of ontbinding mocht vorderen, moest hij zijn schuldenaar immers eerst daarvan op de hoogte stellen en hem in de gelegenheid stellen om alsnog *in natura* na te komen. Een citaat uit een beslissing van het *Handelsappellationsgericht Nürnberg* uit 1896 bevestigt deze opvatting:

*“Ist der Verkäufer mit der Uebergabe der Waare im Verzuge, so kann der Käufer nach Art. 355 des a. d. HGB. vor Allem die Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Leistung verlangen. Es ist dies der aus der Natur des Vertrages von selbst sich ergebende Weg für die Wahrung der Rechte des Käufers, und es hat daher dieser, wenn er die Verfolgung desselben vor Gericht unternimmt, auch nicht vorerst den im Art. 356 für die Geltendmachung der im Art. 355 zu Gunsten des Käufers vorgesehenen zwei anderen Alternativen angeordneten Voraussetzungen nachzukommen.”*⁴⁰

Ondanks deze voorkeur voor daadwerkelijke nakoming werden ontbinding en schadevergoeding ook in het algemene verbintenissenrecht opgenomen als rechtsmiddelen voor de schuldeiser. Vanaf 1900 werd de inhoud van artikelen 355 en 356 ADHGB opgenomen in § 326⁴¹ van het *Bürgerliches Gesetzbuch*. Sinds dat moment kreeg de vordering tot nakoming *in natura* definitief gezelschap van die tot schadevergoeding en ontbinding als concurrerende rechtsmiddelen.

Overigens werd met § 326 (oud) *Bürgerliches Gesetzbuch* de uniformiteit van het verbintenissenrecht niet hersteld, in de zin dat alle verbintenissen voortaan hetzelfde rechtsmiddelenregime hadden. Transacties met een fatale termijn, die ontbinding en/of schadevergoeding als voornaamste rechtsmiddelen kenden (artikel 357 ADHGB), behielden hun uitzonderingspositie. In 1900 werd deze geregeld in § 376 van het *Handelsgesetzbuch*. Door deze afzonderlijke regeling voor een bepaalde categorie verbintenissen, komt de verbodskeling van het Duitse verbintenissenrecht duidelijk aan het licht.

Conclusie

Allereerst kan worden vastgesteld dat in de Duitse gebieden van de negentiende eeuw de

⁴⁰ HAG Nürnberg, 4 June 1869, Seuffert, *Archiv*, 31, 56, pp. 74-75.

⁴¹ § 326 BGB (oud) *Ist bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Theil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge, so kann ihm der andere Theil zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist ist er berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrage zurückzutreten, wenn nicht die Leistung bis zum Ablaufe der Frist theilweise nicht bewirkt, so findet die Vorschrift des § 325 Absatz 1 Satz 2 entsprechende Anwendung. Hat die Erfüllung des Vertrags in Folge des Verzugs für den anderen Theil kein Interesse, so stehen ihm die im Absatz 1 bezeichneten Rechte zu, ohne daß es der Bestimmung einer Frist bedarf.*

economische omstandigheden van invloed zijn geweest op de vordering tot nakoming *in natura* als primair rechtsmiddel van de crediteur in geval van wanprestatie. Een snellere economie met industriële productieprocessen en een toenemende verwevenheid van de economieën in de Duitse gebieden hebben geleid tot (wettelijke) uitzonderingen op het primaat van daadwerkelijke nakoming bij niet (tijdige) nakoming, namelijk de mogelijkheid om ook ontbinding van de overeenkomst en schadevergoeding te vorderen. Zelfs een lang bestaand rechtsbeginsel in het verbintenissenrecht als de vordering tot nakoming *in natura* als primair rechtsmiddel van de crediteur kan kennelijk verdwijnen of in elk geval onder druk komen te staan, als in de samenleving de tijdige aflevering van genuszaken economisch gezien belangrijker wordt dan het daadwerkelijk leveren van specieszaken.

Opvallend is verder de betekenis die de praktische oplossing van de *Code civil* heeft gehad voor de invoering van de vorderingen tot ontbinding en schadevergoeding als rechtsmiddelen in het Duitse handelsrecht. Anders dan men misschien zou verwachten, lijkt de meer doctrinaire benadering van de Historische School en het Pandectisme buiten beeld te blijven, ook wanneer in 1900 de regeling van het *Allgemeines Deutschen Handelsgesetzbuch* gedeeltelijk wordt overgenomen in het *Bürgerliches Gesetzbuch*.

Tenslotte is ook duidelijk geworden hoe zich de eerste tekenen aankondigden van een verbrokkelde regeling van het Duitse verbintenissenrecht. Voor het Duitse handelsrecht werd in 1861 een afzonderlijk rechtsmiddelenregime ontwikkeld. In de twintigste eeuw en in onze eeuw is de eenheid van het privaatrecht in Duitsland verder onder druk komen te staan. De vordering tot nakoming *in natura* is niet meer het absolute beginsel, dat wil zeggen het vrijwel enige rechtsmiddel, zoals het dat was aan het begin van de negentiende eeuw, maar een rechtsmiddel dat als *primus inter pares* zijn plaats heeft naast de vorderingen tot schadevergoeding en ontbinding. In artikel 3(2) van de European Directive 1999/44 van 1999,⁴² worden de vorderingen van de crediteur tot nakoming, schadevergoeding (*in casu* prijsvermindering) en ontbinding ongeveer in hetzelfde verband geplaatst als dat in het *Allgemeines Deutschen Handelsgesetzbuch* was gebeurd. Ook aan deze, eigentijdse regeling ligt kennelijk de gedachte ten grondslag dat een (consumenten)koop meestal vervangbare zaken betreft, die de consument in beginsel van een willekeurige producent kan betrekken.

Janwillem Oosterhuis⁴³

⁴² Article 3(2) *In the case of a lack of conformity, the consumer shall be entitled to have the goods brought into conformity free of charge by repair or replacement, in accordance with paragraph 3, or to have an appropriate reduction made in the price or the contract rescinded with regard to those goods, in accordance with paragraphs 5 and 6.* Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees.

⁴³ Janwillem Oosterhuis is promovendus aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Zijn onderzoek richt zich op daadwerkelijke nakoming (*specific performance*) in Europese codificaties van de negentiende eeuw, meer in het bijzonder de codificaties in Frankrijk, het latere Duitsland en Nederland.